

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise da Formação da Coisa Julgada nas Ações Coletivas para Tutela de Direitos Individuais Homogêneos, em Caso de Improcedência do Pedido por Insuficiência de Provas

Anna Luíza Campos Lopes Soares

Rio de Janeiro
2011

ANNA LUÍZA CAMPOS LOPES SOARES

Análise da Formação da Coisa Julgada nas Ações Coletivas para Tutela de Direitos Individuais Homogêneos, em Caso de Improcedência do Pedido por Insuficiência de Provas

Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof.^a Kátia Silva

Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Neli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

ANÁLISE DA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, EM CASO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS

Anna Luíza Campos Lopes Soares

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar a formação da coisa julgada especificamente no âmbito das ações coletivas, pois, apesar de ser aquele instituto geral do direito, possui ela algumas peculiaridades no ramo da tutela metaindividual. Nesse ínterim, pretende-se demonstrar que a formação da coisa julgada, disciplinada no art. 103 da Lei nº 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor – não ocorre em caso de ação coletiva que tutela direito individual homogêneo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Em relação aos direitos difusos e coletivos *latu sensu*, o diploma mencionado foi bastante claro ao prever que nas hipóteses de insuficiência probatória não se concretizaria a coisa julgada material. Contudo, em relação aos direitos individuais homogêneos tal disposição não foi expressa, permitindo-se aflorar dúvidas nesta seara. Dessa forma, é de suma importância analisar se a coisa julgada se forma, impedindo a propositura de nova demanda, ou se ela não se concretiza, vindo a ser possível intentar nova ação para a mesma situação jurídica já discutida.

Palavras-chave: Ações coletivas. Coisa julgada. Direitos individuais homogêneos. Insuficiência de provas. Nova ação.

Sumário: Introdução. 1. Coisa julgada. 1.1. Coisa julgada nos processos coletivos. 2. Formação da coisa julgada em caso de procedência e improcedência do pedido da ação coletiva. 2.1. Extensão subjetiva da coisa julgada nos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. 2.2. Coisa julgada na improcedência do pedido da ação coletiva que tutela direito individual homogêneo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As ações coletivas estiveram presentes na evolução jurídica da sociedade, mas é apenas recentemente que elas alcançaram *status* constitucional de direito fundamental. Essas ações fundam-se em duas justificativas bastante atuais, sendo a primeira, de ordem sociológica, o princípio do acesso à justiça, e a segunda, de ordem política, a economia processual.¹

Os processos coletivos existem para a realização dos objetivos constitucionais, superando a rotineira visão de demanda com o intuito de tutelar direitos individuais apenas. Nessa ótica, são os interesses coletivos que se sobrepõem, tendo em vista a efetivação dos objetivos constitucionalmente traçados, que visam à proteção de bens de natureza pública, como o meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, entre outros. Dessa forma, a demanda coletiva precisa caracterizar-se como uma demanda de interesse público.

Ao se pretender um provimento jurisdicional coletivo, que aproveite a uma gama de sujeitos não envolvidos direta e pessoalmente na demanda coletiva, imprescindível é estabelecer os limites dessa afetação na esfera jurídica individual. Logo, a formação da coisa julgada, tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo, é matéria de suma importância a ser tratada nesse assunto, visto que ela opera modificações significativas nas pretensões individuais.

O instituto da coisa julgada, qualidade da sentença e de seus efeitos, opera-se de forma distinta no que concerne a demandas de caráter individual e demandas de caráter coletivo. Nas ações individuais, os efeitos da coisa julgada ficam restritos às partes litigantes, ao passo que nas ações coletivas os efeitos subjetivos da coisa julgada estão condicionados à obtenção ou não do provimento que se pretende. É a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. A

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008, v. 4, p. 26.

coisa julgada se forma, mas a extensão de seus efeitos às vítimas do evento ocorre conforme o provimento que se obtém.

Nas ações coletivas, a coisa julgada que se forma supera as partes envolvidas diretamente no litígio para atingir terceiros titulares do direito que se pretende tutelar quando o pedido da ação é julgado procedente. Uma vez julgado improcedente o pedido, essa negativa formará coisa julgada, mas não será oponível contra terceiros individualmente considerados. Se a improcedência for fundamentada na insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada material, apenas formal, o que permitirá a qualquer outro legitimado intentar nova demanda calcada em nova prova.

Essa solução é conferida nos casos em que a ação versar sobre direitos ou interesses difusos e coletivos *strictu sensu*, na forma do art. 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor, que adota o sistema da extensão da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A dúvida persiste, portanto, na formação da coisa julgada nos casos em que a ação coletiva pretender proteger direitos individuais homogêneos, quando essa for julgada improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que o referido diploma não aventa solução em seu art. 103, III.

Visto que a formação da coisa julgada é, sem dúvida alguma, fenômeno de extrema importância, que impede a rediscussão em juízo de decisões de mérito transitadas em julgado, imperioso é estabelecer se a omissão legislativa indica a aplicação ou não do sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações que tutelam direitos individuais homogêneos.

O objetivo do presente trabalho é exatamente estabelecer a extensão desse sistema de formação da coisa julgada para a hipótese em que o Código de Defesa do Consumidor é omissivo, tendo por base a principiologia coletiva, destacando-se os princípios da primazia da

tutela coletiva adequada, o princípio constitucional do acesso à justiça e toda a sistemática do processo coletivo.

Valendo-se do fato de que a coisa julgada não se forma naquelas hipóteses, buscar-se-á demonstrar a possibilidade de ser ajuizada outra ação coletiva para tutelar o direito objeto daquela julgada improcedente, quando da presença de nova prova.

Tanto os princípios ora mencionados, quanto a análise da sistemática das ações coletivas no ordenamento brasileiro, agregada às regras de coerência e isonomia, permitirão demonstrar que essa alternativa adotada é adequada e compatível com o sistema coletivo.

Assim, se demonstrará, então, a importância em não se definir a formação da coisa julgada na hipótese não prevista pelo art. 103, III, CDC. Para isso, a vertente metodológica será a jurídico-sociológica ou empírica. O método a ser utilizado será o dedutivo, em que o ponto de partida são as teorias e os diversos argumentos existentes sobre o tema, para se chegar à análise de referências particulares.

No que concerne às técnicas de pesquisa, optou-se pela documentação indireta, ou seja, a bibliográfica e a documental.

A pesquisa é compreensiva ou interpretativa, na medida em que se propõe a analisar a doutrina existente sobre o tema e buscará apontar argumentos decisivos que demonstrem a inexistência da coisa julgada nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, quando os pedidos forem julgados improcedentes por insuficiência de provas, à luz do princípio da primazia da tutela coletiva adequada, do acesso à justiça, bem como da sistemática dessa qualidade de demanda. Tanto os princípios ora mencionados, quanto a análise da sistemática das ações coletivas no ordenamento brasileiro, agregada às regras de coerência e isonomia, permitirão demonstrar que essa alternativa adotada é adequada e compatível com o sistema coletivo.

1 COISA JULGADA

A coisa julgada configura importante instituto do direito processual civil, desenvolvida em decorrência da necessidade de preservação da segurança jurídica pelo ordenamento, a qual jamais seria alcançada se as questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário pudessem ser discutidas *ad eternum*.

Proferida a sentença, terminativa ou definitiva, pode ela vir a ser impugnada pelas partes através da interposição dos recursos previstos em lei, para que seja reexaminada por outro órgão jurisdicional. Esgotados os recursos previstos no ordenamento ou decorrido o prazo legal sem que tenha sido interposto qualquer deles, a sentença se torna irrecorrível. No momento em que a sentença se torna irrecorrível ocorre o trânsito em julgado. Surge, nesse instante, o fenômeno da coisa julgada.

A coisa julgada, segundo o doutrinador italiano Liebman², torna imutável o comando da sentença e seus efeitos. Ou seja, a coisa julgada torna insuscetível de alteração a sentença e seus efeitos. Para essa doutrina a coisa julgada divide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material, caracterizando-se como *coisa julgada formal* a imutabilidade da sentença, e como *coisa julgada material* a imutabilidade de seus efeitos. Nota-se, portanto, que todas as sentenças transitam em julgado, mas apenas as sentenças definitivas são atingidas pela autoridade da coisa julgada material. Dessa maneira, a coisa julgada formal revela-se como pressuposto da coisa julgada material. Em outros termos, formada a coisa julgada material, isto significa ter havido também a formação de coisa julgada formal.

² LIEBMAN *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1, p.478.

É preciso, todavia, afirmar que essa teoria defendida por Liebman recebe severas críticas doutrinárias, não sendo amplamente aceita. Para os processualistas mais modernos³⁻⁴ estaria equivocada a afirmação de que a coisa julgada torna imutáveis os efeitos da sentença. Em verdade, tais efeitos revelam-se destinados a durar tempo limitado (imaginem, por exemplo, sentença que condene ao cumprimento de uma prestação: uma vez adimplida a obrigação, nada resta daquele efeito)⁵.

Dessa forma, não são os efeitos da sentença que se tornam imutáveis, mas o seu conteúdo. A coisa julgada material atinge, logo, o comando contido na sentença, que revela a norma aplicável ao caso concreto. Ainda que se alterem os efeitos da sentença, ela sempre revelará a norma que foi adequada à hipótese submetida ao controle jurisdicional, e essa sim, é indiscutível ao ser atingida pela coisa julgada material.

A distinção entre coisa julgada formal e substancial se apresenta importante quando se nota que a primeira possui alcance restrito ao processo em que foi proferida a decisão. Ela impede, logo, que se reabra a discussão no mesmo processo em que se obteve a decisão. A coisa julgada substancial, por outro lado, possui alcance mais amplo, ao impedir que a decisão de mérito, que já transitou em julgado em um processo, seja rediscutida ou reapresentada em processo novo. Por isso é possível dizer que a coisa julgada formal opera efeitos endoprocessuais e a coisa julgada material opera efeitos extraprocessuais.

No que tange à natureza jurídica da coisa julgada, a doutrina revela-se dividida entre várias posições. As posições que mais geram discussão e que mais possuem adeptos são aquelas que afirmam ser a coisa julgada um efeito da sentença ou uma qualidade da sentença. Embora a discussão seja complexa, vale apenas a mencionar os respectivos defensores de cada uma, bem como aquela que prevalece hoje em dia.

³ MOREIRA *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas, *ibidem*, p.479.

⁴ *Ibidem*, p. 479.

⁵ *Ibidem*.

Para os defensores do primeiro posicionamento, como Chiovenda ⁶, a coisa julgada é um efeito que decorre naturalmente da sentença. Todavia, essa não é a corrente predominante. Prevalece o entendimento de que o fenômeno da coisa julgada é uma qualidade da sentença, que passa a revesti-la a partir do momento em que a sentença se torna irrecorrível, ou seja, com a ocorrência do trânsito em julgado.

Entretanto, há um terceiro posicionamento que, embora tímido, se destaca entre os doutrinadores. É o entendimento de Barbosa Moreira e Alexandre F. Câmara ⁷, segundo o qual a coisa julgada é uma situação jurídica que surge após o trânsito em julgado da sentença, que, por sua vez, gera a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo, situação essa antes inexistente. A indiscutibilidade e a imutabilidade é que seriam, para esses autores, a verdadeira autoridade da coisa julgada.

1.1 COISA JULGADA NOS PROCESSOS COLETIVOS: COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*, COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* E COISA JULGADA *IN UTILIBUS*

A coisa julgada nas ações coletivas, deve ter o cuidado de analisar dois pontos centrais. O primeiro deles refere-se ao risco que a interferência na esfera jurídica individual produz quando submete um sujeito a uma decisão imutável da qual ele sequer participou na formação. Por outro lado, o segundo ponto se focaliza no fato de ser preciso proteger o réu, que não pode ser demandado infinitas vezes quanto ao mesmo tema – o Estado não pode estar autorizado a rever sempre o que já foi decidido.

⁶ CHIOVENDA *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas, *ibidem*, p.481.

⁷ *Ibidem*, p. 482.

A primeira solução adotada tendo em vista a busca pela justiça nas ações coletivas foi a chamada coisa julgada *secundum eventum probationis*, prevista na Lei da Ação Popular, segundo a qual não haveria formação de coisa julgada material quando o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que caberia a proposição de nova demanda calcada em nova prova. Entretanto, essa solução não previa a situação em que o pedido fosse julgado apenas improcedente, estando ausente qualquer determinação do grau de vinculação dos titulares de direitos individuais.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o sistema da coisa julgada em ações coletivas foi normatizado pelo art. 103. Tal normatização revelou-se mais abrangente do que a prevista na Lei da Ação Popular, pois que estabeleceu garantias individuais ao prever que as ações individuais não estariam prejudicadas pelo insucesso da demanda coletiva se o indivíduo não tivesse participado diretamente da demanda.

A procedência da demanda coletiva revela-se indiscutível pela formação da coisa julgada material no próprio âmbito da tutela coletiva e estende-se às ações propostas individualmente, atingindo a todos de forma a beneficiá-los. Ao contrário, o julgamento de improcedência do pedido formulado em sede de uma ação coletiva forma coisa julgada material apenas no âmbito coletivo e nada mais, preservando a possibilidade da tutela individual.

Surgiu, então, a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, segundo a qual as sentenças coletivas terão eficácia para os indivíduos apenas no caso de procedência do pedido. Embora aparentemente esse sistema tenha suscitado questões de inconstitucionalidade, ele possui respaldo constitucional, pois as pessoas somente serão atingidas por um processo do qual não fizeram parte se o resultado desse vier a beneficiá-las. Logo, o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* tem por escopo ampliar o âmbito de pessoas atingidas pela decisão favorável, o que evita a proliferação de ações individuais.

É importante trazer à colação a inteligente construção de Antonio Gidi⁸:

Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” [...].

Dessa forma, pode-se afirmar que, excluída a hipótese de julgamento improcedente do pedido por insuficiência de provas, a coisa julgada nas ações coletivas sempre se formará, sendo apenas a extensão subjetiva de seus efeitos que ocorrerá segundo o resultado do litígio.

A sistemática adotada pelo CDC engloba princípio como o do devido processo social, do acesso à justiça e da economia processual, sempre em observância à segurança jurídica e garantias individuais, inclusive da contraparte, que não se verá sempre submetida a rediscussão de uma mesma matéria (exposta indefinidamente ao processo). Principalmente no que concerne a esse ponto, o legislador nacional previu a coisa julgada também para os co-legitimados e a litispendência. Tratando-se então, de identidade de ações coletivas, ainda que propostas por legitimados distintos, serão oponíveis contra eles as exceções de litispendência e coisa julgada (a impossibilidade de que o mesmo legitimado ou outro volte a propor a ação coletiva é mera consequência de o verdadeiro titular do direito já não poder ter sua lide discutida em juízo).

O CDC, ainda, consagrou claramente a chamada *coisa julgada secundum eventum probationis* para as demandas coletivas que tutelam direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. Embora não claramente previsto, como se pode afirmar para as ações que tutelam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o que se pretende demonstrar nesse trabalho é que a

⁸ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

formação da coisa julgada nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos ocorre também *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que se forma apenas quando a demanda é julgada com o esgotamento das provas, ou seja, quando a demanda é julgada procedente ou improcedente com suficiência de provas. Instruída da demanda de forma suficiente, a decisão formará coisa julgada.

Do contrário, caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência probatória (ocorrida quando o juiz constata não haver elementos de prova capazes de formar sua convicção para, então, proferir um julgamento de mérito), a decisão não formará coisa julgada, o que permite que se proponha, futuramente, nova demanda calcada em nova prova, sentido esse mais amplo do que a nova prova do processo civil individual. Ressalte-se, portanto, que não será o efeito da coisa julgada perante terceiros que não ocorrerá, mas a própria coisa julgada que sequer virá a ser formada.

A nova prova, para viabilizar a propositura de outra demanda coletiva, deve ser bastante para possibilitar um novo julgamento, e não ser apenas nova que, uma vez produzida, não acarretará efetiva possibilidade de mudança. A opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o prestígio do legislador ao valor justiça em sobreposição ao valor segurança.

Outra alteração significativa trazida pelo regramento do CDC ao sistema da coisa julgada é aquela que prevê o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para as ações individuais. Segundo essa previsão – art.103, §3º, CDC –, o transporte da coisa julgada formada em ação civil pública para as ações pessoais de indenização por danos sofridos opera-se *secundum eventum litis*, de forma em que só há o transporte nas hipóteses de procedência do pedido.

Para Ada P. Grinover⁹, o que autoriza esse transporte da coisa julgada coletiva para a esfera das ações individuais dos que foram prejudicados pela violação de um direito metaindividual é a ampliação, por força da lei, do objeto do processo e a inclusão, na coisa julgada coletiva, do dever de indenizar, sem que haja necessidade de nova sentença condenatória, passando-se, então, à liquidação e execução da sentença.

2 FORMAÇÃO DA COISA JULGADA EM CASO DE PROCEDÊNCIA E IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA AÇÃO COLETIVA

Como dito anteriormente, a formação da coisa julgada em ações coletivas não se opera *secundum eventum litis*. O que ocorre segundo o resultado do litígio é a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada. De fato, a formação da coisa julgada ocorre *secundum eventum probationis*.

Quando o pedido da ação coletiva é julgado procedente, qualquer que seja o direito objeto da demanda (difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo), haverá a formação da coisa julgada, cujos efeitos se operarão *erga omnes* ou *ultra partes* – essa é hipótese clara e indiscutível, prevista no art. 103, I, II e III, CDC, motivo pelo qual se fazem desnecessárias maiores considerações.

O Código de Defesa do Consumidor excepciona a hipótese da improcedência do pedido por insuficiência de provas. Temos, então, que a formação da coisa julgada nas ações coletivas quando o pedido é julgado improcedente pode ou não se formar, a depender da

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa dos consumidores: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 214.

fundamentação da improcedência. Julgado improcedente o pedido da demanda coletiva após ter havido instrução suficiente, haverá a formação da coisa julgada. Todavia, a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença afetam apenas a demanda coletiva, e não as demandas individuais.

Assim sendo, o legislador pôs a salvo a possibilidade de o indivíduo ingressar pessoalmente com uma ação para reparar os danos sofridos quando o pedido da ação coletiva correspondente tiver sido julgado improcedente. Embora haja a formação da coisa julgada, essa não afetará as demandas individuais. A coisa julgada se forma apenas para impedir a propositura de nova demanda coletiva que verse sobre o mesmo direito discutido. É o que propõem os §§ 1º e 2º do art. 103.

Em virtude de a coisa julgada ocorrer *secundum eventum probationis*, no caso de o pedido da demanda coletiva ser julgado improcedente por insuficiência de provas, não haverá a formação de coisa julgada material. É a hipótese de exceção claramente prevista para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito – incisos I e II do art. 103. Fundamentada a improcedência na insuficiência probatória, poderá a demanda coletiva ser novamente proposta se esta vier apoiada em nova prova.

A nova prova, todavia, tem sentido mais amplo que no processo civil individual, pois ela não indica apenas documento novo, mas qualquer prova não utilizada capaz de ensejar um julgamento novo. Portanto, a improcedência por insuficiência de provas não obsta a via coletiva, mas exige que sejam obtidos elementos probatórios novos para que ela seja proposta uma segunda vez. Percebe-se, logo, que nessas hipóteses ocorre apenas a formação da coisa julgada formal (cujos efeitos são endoprocessuais).

É, então, relevante examinar a fundamentação da improcedência do pedido. Se houver o juiz fundamentado a improcedência na falta de provas, na insuficiência da instrução, neste

caso não ocorrerá a coisa julgada (material), no plano da sentença de improcedência da ação coletiva.

Há, portanto, três hipóteses a distinguir:

a) Procedência do pedido: há formação de coisa julgada material no âmbito coletivo e extensão de seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o direito tutelado, para a esfera individual.

b) Improcedência do pedido com suficiência de provas: há formação de coisa julgada material, que impede a propositura de nova demanda coletiva que tenha o mesmo objeto, ainda que intentada por outros legitimados. As ações individuais, porém, podem ser ajuizadas.

c) Improcedência do pedido por insuficiência de provas: não há formação de coisa julgada material, apenas formal, o que autoriza nova propositura da ação coletiva fundada em nova prova. Em nada afeta o possível ajuizamento de ações individuais.

Em linhas gerais, a formação da coisa julgada nas ações coletivas cujo pedido é julgado procedente supera as partes envolvidas diretamente no litígio para atingir os terceiros. Uma vez julgado improcedente o pedido, essa negativa formará coisa julgada, mas não será oponível a terceiros individualmente considerados. Se a improcedência for fundamentada na insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada material, apenas formal, o que permitirá a qualquer outro legitimado intentar nova demanda sustentada em nova prova.

Essa é a solução conferida nos casos em que a ação verse sobre direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, conforme art. 103, I e II, CDC. A dúvida persiste, portanto, na formação da coisa julgada nos casos em que a ação coletiva pretender proteger direitos individuais homogêneos, mais especificamente quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que o referido diploma é omissivo – art. 103, III, CDC.

2.1 EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA NOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS *STRICTO SENSU* E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Nas palavras de Fredie Didier¹⁰, “a extensão subjetiva do julgado em ações coletivas ocorrerá em direta relação com a amplitude do direito posto em causa”.

O Código de Defesa do Consumidor regulou especificamente no art. 103 a ocorrência da coisa julgada em demandas coletivas.

Havendo a formação daquela no caso de procedência do pedido formulado, quando se tratar de direito difuso, a extensão será *erga omnes* para atingir toda a comunidade titular do direito lesado, e somente esta. Se coletivo *stricto sensu*, a extensão será *ultra partes*, atingindo todos os membros do grupo, categoria ou classe, em função da relação jurídica base existente entre os membros ou desses com a contraparte. Se o direito é individual homogêneo, a extensão é *erga omnes* e atingirá todos aqueles que comprovarem a lesão ao direito discutido em juízo.

A sentença nesse caso será ilíquida não apenas no que se refere ao *quantum debeatur*, mas também no que se refere à identificação dos credores. Daí a extensão *erga omnes*, pois há impossibilidade fática além de grande dificuldade na individuação dos lesados.¹¹ Portanto, o que o Código procurou definir foi a extensão dos efeitos da coisa julgada, determinando aqueles que por ela serão atingidos, isto é, limitando a quem será afeta a imutabilidade da sentença prolatada.

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3 ed. Salvador: Jus Podium, 2008, v. 4, p.374.

¹¹ Há que se destacar a diferença apontada por Antonio Gidi entre as expressões *erga omnes* e *ultra partes* – Cf. GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.108-112.

Assim, nos dizeres de Liebman¹², “enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença”.

2.1 Coisa julgada na improcedência do pedido da ação coletiva que tutela direito individual homogêneo

Conforme exposto, de acordo com o previsto no art. 103, III, CDC, a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81.” Na mesma linha de entendimento do sistema adotado para as ações coletivas que tutelam direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a decisão nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, cujos pedidos são julgados improcedentes, é atingida pela coisa julgada material, mas apenas no que tange à via coletiva, que fica preclusa. A via individual permanece possível, sendo cabível que os lesados intentem ações pessoais para a reparação de seus danos, na forma do art. 103, §2º, CDC.

A questão que se abre, então, é a relativa às hipóteses de improcedência do pedido por insuficiência de provas. O CDC especificou de forma incontestável que a decisão que julga os pedidos improcedentes por insuficiência de provas nas ações coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos em sentido estrito não é atingida pela coisa julgada, havendo possibilidade de nova propositura da demanda coletiva. Todavia, essa clara determinação não ocorreu no inciso III, que trata dos direitos individuais homogêneos. O legislador se limitou a dizer que a

¹² LIEBMAN *apud* GIDI, Antônio, *ibidem*, p.112.

sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas para os casos de procedência do pedido. O dispositivo não adotou, claramente, o critério *secundum eventum probationis*. Seria o silêncio do legislador indicativo da formação da coisa julgada ou de sua não ocorrência?

Segundo Arruda Alvim¹³, em asserção que cabe transcrever, o silêncio do legislador é eloqüente no sentido de que ocorre a formação da coisa julgada:

A diferença de redação entre os incs. I e II do art. 103 e o inc. III do mesmo art. 103 reside em que, nas duas primeiras hipóteses, admite-se que, se julgada improcedente por insuficiência de provas e em face de nova prova, pode haver repropositura da ação civil coletiva pela não ocorrência de coisa julgada, o que não se passa com o caso do inc. III do art. 103. Aqui a ocorrência de coisa julgada *no plano da ação civil coletiva* ocorre tanto no caso de procedência quanto no de improcedência, ao lado de ser a insuficiência de prova, como fundamento da improcedência, irrelevante para a ocorrência da coisa julgada.

Este também é o entendimento de Eduardo Arruda Alvim¹⁴:

Diferentemente do que ocorre com a coisa julgada referente aos interesses difusos e coletivos, no caso dos interesses individuais homogêneos a não ocorrência da coisa julgada e a possibilidade de repropositura da ação não se vinculam à extinção da ação por insuficiência de provas, sendo que somente haverá coisa julgada *erga omnes* na hipótese de procedência do pedido. Em caso de improcedência da ação (qualquer que seja a causa), aqueles que não estiverem habilitados como litisconsortes poderão propor ações de indenização individuais. (...) Ressalte-se que continua aberta a possibilidade de ingresso com ações individuais, mas não coletivas, qualquer que tenha sido a causa de extinção do processo. [...]

Embora poucos autores enfrentem diretamente a questão aqui proposta, adotam posicionamentos em sentido similar aos aqui transcritos. Contudo, *data máxima venia*, discordamos da posição que defendem e aqui justificaremos nosso pensamento.

O fundamento normalmente utilizado para sustentar o entendimento ora exposto é o de que para essas ações existe a previsão legal de que deve ocorrer a citação por edital para que, querendo, os interessados ingressem no processo como litisconsortes, hipótese em que a coisa julgada os atinge indistintamente (não poderão, portanto, propor nem ação coletiva nem individual quando for julgada improcedente aquela em que foram intervenientes). Essa

¹³ ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. Coleção estudos e pareceres; II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.469.

¹⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo:RT, 2007, p. 185-186.

previsão consta do art. 94, CDC. Ainda, é alegado em defesa desse mesmo pensamento o fato de que o §2º do art. 103, CDC, permite que os interessados ingressem com ações individuais quando a demanda coletiva não obtiver sucesso.

Em que pesem os argumentos mencionados, não oferecem os mesmos a melhor saída para o problema que aqui se discute, pois a sua solução não se restringe à seara do direito processual. Mais que isso, a solução adequada e conforme o ordenamento jurídico brasileiro encontra embasamento maior na principiologia da tutela coletiva e na isonomia do sistema coletivo.

Ademais, a interpretação literal do art. 103, III, CDC, não permite que se extraiam grandes conclusões, já que podem haver entendimentos tanto no sentido de que o vocábulo “apenas” serve para excepcionar a situação que envolve direitos individuais homogêneos (pois serão os únicos que incorrerão em formação da coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas), quanto para indicar que somente no caso de procedência do pedido haverá a formação da coisa julgada. Dessa forma, é necessário que nos remontemos à principiologia e sistemática coletiva.

1) Princípio do acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que visa garantir não apenas o ingresso ao Judiciário, mas também a proteção dos bens jurídicos discutidos em juízo.

Na seara do processo coletivo, a busca pela máxima efetivação desse princípio se faz com mais razão, uma vez que são discutidos direitos pertencentes a toda sociedade e, por isso, indisponíveis.

Os direitos individuais homogêneos são direitos, nos dizeres de Barbosa Moreira¹⁵, acidentalmente coletivos, uma vez que o bem a ser tutelado revela-se divisível, admitindo

¹⁵ MOREIRA, *op. cit.*, p. 479.

assim sua proteção através de demandas individuais. São, de fato, direitos que tutelam bens jurídicos individualizados, mas para propiciar maior proteção e tendo em vista a obtenção de decisões uniformes podem ser objeto de ações coletivas (necessidade de harmonia, coerência nas decisões que tenham por alvo direitos que possuem uma origem comum).

Embora possam ser objeto de ações individuais, a opção legislativa pela possibilidade de ser utilizada a via coletiva para tutelar esses direitos individuais coletivamente considerados revela-se não apenas no sentido de se obter decisões uniformes e harmônicas, mas também de concretizar o princípio do acesso à justiça, pois em certos casos a via coletiva configura-se como a única apta a promover a proteção desses direitos.

Ou seja, apesar de poderem ser tutelados em ações individuais, muitas são as situações cujas ações não se revelariam de interesse ou utilidade a promoverem tal proteção, surgindo a via coletiva como o modo útil e adequado para essa tutela. É possível ter em mente, por exemplo, situações em que a proteção de um direito restaria inócua se objeto de tutela individual, como em casos que o prejuízo singularmente considerado fosse ínfimo, mas universalmente significativo. Nessa hipótese, a tutela coletiva será, de fato, o meio apto a promover a proteção.

Nos casos em que o prejuízo singularmente considerado for ínfimo e a ação coletiva resultar mal sucedida por insuficiência da instrução probatória, havendo a formação de coisa julgada material estará preclusa a via coletiva e todos os prejudicados que se interessarem na reparação do prejuízo deverão ingressar com demandas individuais. Em razão da mínima proporção do prejuízo singularmente analisado, as vítimas do evento não terão interesse em propor demandas próprias. Com isso, haverá toda uma coletividade lesada e sem a reparação de seus danos, cuja ausência implica em não haver sanção àquele causador da lesão. Não há, então, qualquer inibição ao agente que praticou o ato ilícito, que ficará impune.

Se alguns direitos individuais podem ser tratados coletivamente é porque a homogeneidade que os une e a concretização do acesso à justiça indicam que esse pode ser o modo mais adequado, e a utilização da via coletiva obstará, então, a repetição de demandas individuais. Ainda, a opção pelo processo coletivo impedirá que sejam proferidas decisões contraditórias e incoerentes para um mesmo direito lesado, além de possibilitar a efetiva responsabilização do agente causador do dano.

Permitir, então, que a coisa julgada se forme nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, revelar-se-ia, em muitas situações, uma restrição ao acesso à justiça, entendido como a possibilidade de ser proposta perante o judiciário qualquer demanda que envolva lesão ou ameaça a direito, com a conseqüente obrigatoriedade da apreciação dessa.

Embora em tese seja possível que os integrantes da coletividade lesada ajuizem ações individuais, na prática elas não ocorrerão em virtude da falta de interesse pela mínima proporção do dano. Ou, ainda que haja o dito interesse, essas demandas não poderão proteger todos os prejudicados. Como a via coletiva era a adequada a promover o ressarcimento e restou preclusa em função da formação da coisa julgada, percebe-se clara restrição ao acesso à ordem jurídica justa. Não permitir, portanto, que a tutela seja promovida pelo meio adequado revela incontestável limitação ao acesso à justiça, na medida em que a via que resta possível, qual seja, a das ações individuais, não será apta a promover a reparação de toda a coletividade.

Além disso, na hipótese de se ter interesse na propositura de ações individuais, além da possibilidade de haver decisões contraditórias, haveria a proliferação destas demandas, de forma a contribuir ainda mais para a ineficiência do Poder Judiciário, em flagrante violação ao princípio da efetividade.

Ainda, o que é mais absurdo de se destacar é o fato de que, em se conseguindo juntar novas provas capazes de alterar o julgamento da demanda coletiva, não poderá ela novamente ser proposta pelos legitimados, embora esse seja o meio adequado e que efetivamente promoveria a proteção dos direitos lesados. Percebe-se, sem mais delongas, uma clara violação ao princípio constitucional do acesso à justiça.

2) Princípio da primazia da tutela coletiva adequada

Uma vez que é permitida e fomentada a tutela coletiva de direitos individuais, é porque a homogeneidade os torna relevantes o bastante, e há, então, que se fazer com que prevaleçam garantias para que ela se efetive. Dentre essas garantias está exatamente a determinação de que a coisa julgada não se forme nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

Conforme afirmam Didier e Zaneti¹⁶, o importante é que a tutela seja adequada a materializar o direito que se pleiteia e dar azo à efetividade da pretensão processual levada a juízo. Se a tutela adequada é a coletiva, é ela que deve ser utilizada, para fazer valer o direito da coletividade sobre a prática do ato ilícito.

O princípio da primazia da tutela coletiva é também um indicativo de que não deve, de forma alguma, ocorrer a dita formação de coisa julgada. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁷, a primazia da tutela coletiva adequada deve ser entendida como um princípio que direciona para a busca da melhor solução coletiva para a lide.

A melhor solução para o litígio revela-se também sob a forma de maior proteção aos direitos coletivos, e uma das formas em que ela pode ser vislumbrada é no momento de definição da não formação da coisa julgada para os casos de improcedência do pedido por

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008. v. 4, p. 59.

¹⁷ *Ibidem*.

insuficiência de provas e conseqüente possibilidade de ajuizamento de nova ação que vise a efetiva proteção do direito lesado.

Ou seja, a “melhor solução coletiva para o litígio” revela-se claramente no momento em que, silente o art. 103, III, CDC, a interpretação que se pode extrair é a de que a coisa julgada não se forma quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de prova, o que permitirá a propositura de nova demanda coletiva calcada em nova prova. Nesse caso há, concretamente, a viabilização da proteção de direitos, que poderão ser novamente considerados via processo coletivo, que conforme já foi dito, revela-se como o instrumento adequado.

Ainda, cabe destacar a ausência de argumentos robustos e suficientes para defenderem que a formação da coisa julgada na hipótese omissa do art.103, III do CDC, seria a alternativa mais adequada à proteção dos direitos lesados.

Não há que se falar, na hipótese em questão, de não formação da coisa julgada, em prejuízo à contraparte porque ela poderia ficar submetida indefinidamente à discussão do mesmo objeto. Não há essa submissão indefinida, pois a nova demanda coletiva somente poderia ser proposta quando fundamentada em nova prova. Ademais, cabe lembrar também a existência do prazo prescricional de cinco anos (aplicação análoga à Lei da Ação Popular), que delimita no tempo a possibilidade de ser ajuizado o novo processo coletivo. Nesse sentido, já se manifestou o STJ¹⁸:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, **inafastável a**

¹⁸ BRASIL, REsp. nº 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, STJ, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 09 de março de 2011.

incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. Precedentes do STJ:REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002. [...] GRIFO NOSSO. (REsp 727131 / SP, Relator Min. Luiz Fux, DJ de 23.04.2008)

Enfim, o que se defende aqui é que seja estendida ao regime dos direitos individuais homogêneos a mesma sistemática adotada para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois que ela é, indubitavelmente, a melhor solução coletiva para o litígio.

3) Sistemática do processo coletivo

O código consumerista adota um sistema de formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* para os direitos essencialmente coletivos, quais sejam, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Qual seria, então, a razão que impediria a adoção do mesmo sistema para os direitos acidentalmente coletivos (direitos individuais homogêneos)?

Dizer que eles podem ser tutelados individualmente não é o bastante, pois uma vez improcedente o pedido da demanda para a tutela de direitos essencialmente coletivos, resta também aos sujeitos a via individual. Há, portanto, plena simetria nas situações, motivo pelo qual não é possível de se cogitar hipótese contrária à não formação da coisa julgada nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos quando os pedidos forem julgados improcedentes por insuficiência de provas.

Os direitos individuais homogêneos recebem o mesmo tratamento, na legislação consumerista conferido aos direitos transindividuais, ainda que isso ocorra por ficção jurídica. Logo, não há porque excepcionar apenas a adoção da formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* se todo o resto do sistema coletivo lhes é aplicado. Afastar tal critério de formação da coisa julgada não acarreta em qualquer benefício aos titulares dos direitos individuais. E se não acarreta benefício, há que se dizer também que não existe qualquer razão para prejudicar, pois entender pela formação da coisa julgada na hipótese omissa do art. 103,

III, CDC, implica em grave prejuízo à tutela do direito da coletividade, que possivelmente não ocorrerá em sede de ações individuais. Gregório Assagra¹⁹, em brilhante assertiva, expõe:

O objetivo do legislador, no direito processual coletivo e na disciplina do próprio fenômeno da coisa julgada coletiva, foi reconhecer a prioridade necessária às demandas coletivas para que delas possam ser extraídos todos os benefícios possíveis para a sociedade, o que é fundamental para que possa a Jurisdição cumprir com o seu magno escopo: pacificar a sociedade com justiça.

Em síntese, a própria sistemática das ações coletivas faz com que mesmo os direitos individuais, quando tratados de forma coletiva, se submetam a ela. As hipóteses de formação ou não da coisa julgada são apenas mais um aspecto do sistema coletivo, e por isso devem ser aplicadas aos direitos individuais homogêneos. Assim, mais uma razão para que a coisa julgada não se forme quando o pedido de uma ação coletiva que tenha por objeto direito individual homogêneo seja julgado improcedente por insuficiência de provas, pois todas as ações coletivas devem estar submetidas ao mesmo sistema, já que onde há o mesmo problema deve haver a mesma decisão.

O fato de no caso de direito individual homogêneo o sujeito singularmente considerado poder intervir na ação coletiva é uma faculdade que se dá a ele, e não um argumento bastante para sustentar a formação da coisa julgada no caso do art. 103, III do CDC, quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. A intervenção ocorre para que se obtenha melhor resultado na demanda, para que se reforcem as possibilidades de sucesso.

Se o pedido do processo coletivo é julgado improcedente por insuficiência de provas, a intervenção não pode ser motivo que obste a repositura coletiva. Não há qualquer relação lógica que implique nessa alternativa, até porque, a intervenção será feita por alguns (destaque-se a vedação legal ao litisconsórcio multitudinário – art. 46, parágrafo único, CPC) e a impossibilidade de repositura da ação coletiva atingirá a todos.

¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 257.

4) Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo

Por fim, cabe mencionar a existência do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, o qual possui um artigo específico para a formação da coisa julgada:

Art. 13: Nas ações coletivas de que trata esse código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo exposto, o Anteprojeto adota o sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de acordo com o qual a coisa julgada não se forma quando o pedido é julgado improcedente por insuficiência da instrução. Percebe-se que o dispositivo não faz alusão a qualquer espécie de direito coletivo *lato sensu*, mas prevê a adoção daquele sistema de formação da coisa julgada para todas as ações coletivas de que ele cuida. O anteprojeto regula, inclusive, as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. Dessa forma, o que se pode concluir é que o anteprojeto estabelece a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* indistintamente, para toda ação que cuide de qualquer espécie de direito coletivo.

O referido dispositivo possui, ainda, um parágrafo primeiro:

§ 1º: Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art.3º, III, deste código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

A justificativa para a existência desse parágrafo não é o fato de que haverá formação da coisa julgada em caso de improcedência do pedido (qualquer que seja a causa) em ação que tutele direitos individuais homogêneos. Ao contrário, pelo fato de se tratar de um direito individual homogêneo, cuja gênese é de um direito puramente individual, mas que por ficção jurídica foi tratado coletivamente, o regramento em tela se faz necessário pois se poderia entender que, quando o pedido da ação que verse sobre essa espécie de direito for julgado improcedente, estaria inviabilizada também a via individual, uma vez que um direito

individual não pode ser pleiteado mais de uma vez pela mesma causa entre as mesmas partes, em virtude de sua natureza. Contudo, como essa espécie de direito está regida pelo sistema coletivo, a ação individual poderá ser proposta em casos de improcedência do pedido (qualquer que seja a causa), porque não se pode estender um efeito negativo àquele que não participou na formação da decisão do julgador através da exposição de suas razões e produção de suas provas.

O que se conclui, portanto, é que o parágrafo em questão tem caráter esclarecedor, para que não haja dúvida quanto à possibilidade de proposição de demandas individuais em função da natureza dos direitos individuais homogêneos.

Nessa esteira, frente a todos os argumentos expostos, fica clara que a melhor opção a ser adotada no que tange à formação da coisa julgada nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos quando da improcedência do pedido por insuficiência de provas é aquela que estabelece a não formação, ou seja, é aquela que adota também para os processos coletivos que cuidam de direitos individuais homogêneos a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

CONCLUSÃO

A notoriedade e importância que as ações coletivas adquiriram com a evolução jurídica e política da sociedade são indiscutíveis. Elas permitem hoje o acesso à justiça para a proteção de direitos ou interesses superindividuais, antes desamparados em nosso ordenamento.

Nesse diapasão, compreender as disposições do microsistema de processo coletivo de forma adequada permite que a tutela dos direitos coletivos possa realmente se efetivar. É o que procurou esse trabalho, ao estabelecer a não formação da coisa julgada nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

Os direitos individuais homogêneos são direitos de natureza individual, uma vez que o bem a ser tutelado revela-se divisível, mas em função da homogeneidade são tratados coletivamente.

A formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* (critério segundo o qual não há formação de coisa julgada material quando o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas) é adotada claramente pelo sistema coletivo para as ações que tutelam direitos difusos ou coletivos em sentido estrito. Todavia, essa aplicação não encontra a mesma obviedade quando a ação cuida de direitos individuais homogêneos.

Não obstante a doutrina em sua grande maioria seja tímida e silente no tema aqui discutido, e embora aqueles que se arriscaram a comentá-la o tenham feito em posição diametralmente oposta àquela aqui defendida, o presente trabalho se propôs a estender o sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, já que o código consumerista não foi claro nesse ponto.

Entender que a coisa julgada não deve se formar naquelas hipóteses é adotar uma solução coerente com o sistema das ações coletivas, em consonância com os princípios da tutela coletiva e em perfeita conformidade com ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, ficou demonstrada também a ausência de razão para que essa extensão do sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis* não se aplique à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Em função da adequação e efetividade da tutela coletiva, do princípio do acesso à justiça, do princípio da primazia da tutela coletiva e da coerência sistemática dos processos coletivos, a melhor alternativa, indiscutivelmente, é aquela que entende pela não formação da coisa julgada quando da insuficiência probatória que determine o julgamento por improcedência da ação coletiva que tutela direito individual homogêneo. Haverá, dessa forma, possibilidade de repositura da demanda coletiva quando for ela fundada em nova prova.

Entender em sentido contrário revela claro confronto aos ditames constitucionais do acesso à justiça e uma ruptura do sistema coletivo, que deve adotar para os mesmos problemas as mesmas soluções.

A opção pela não formação da coisa julgada no problema aqui proposto reforçará o escopo protetivo das ações coletivas e viabilizará, efetivamente, a tutela de direitos que, embora possam ser protegidos individualmente, melhor serão efetivados através dessas demandas de massa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. Coleção estudos e pareceres II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, REsp. nº 727.131/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, STJ, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 09 de março de 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v.1.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2008, v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008, v. 4.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+727131&b=ACOR>